



Vedlegg	1	av:	1
Sak:	2003/109-7		

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemndas avgjørelse 26.6.2003 i sak 2003/109

Klager: Norske Arkitekters Landsforbund

og

Norges Praktiserende Arkitekter

Innklaget: Studentsamskipnaden i Oslo

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum.

Klagesaken gjelder:

Forholdet mellom plan- og designkonkurranse og anbudskonkurranse. Tidsfrister for innlevering av tilbud. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Antall deltakere ved begrenset anbudskonkurranse. Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Bakgrunn:

Studentsamskipnaden i Oslo (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 8.5.2003 i DOFFIN-databasen en konkurranse for anskaffelse av arkitekttjenester. I kunngjøringen ble både betegnelsen "Hastetilfelle – begrenset anbudskonkurranse" og "invitasjon til begrenset arkitektkonkurranse" benyttet. Kontraktens varighet ble angitt å være 18 måneder og omfattet "Utarbeidelse av materiale for forprosjekt, materiale for søknad om rammetillatelse og igangsettingstillatelse, anbudsmateriale for totalentreprise, prosjektering og gjennomføring av denne". Frist for forespørsel om deltakelse var satt til 19.5.2003.

Det var utarbeidet et eget konkurransegrunnlag, som ble sendt til leverandørene den 19.5.2003. Tilbudsfristen ble oppgitt å være 2.6.2003. Det ble i konkurransegrunnlaget stilt følgende kvalifikasjonskrav: 1. Dokumentert erfaring med studentboligprosjekt, 2. Dokumentert kapasitet iht. vedlagt fremdriftsplan og 3. Kontor i Oslo.

Tildelingskriteriene var:

"- *Pris/honorar*

- *Forprosjekt*
- *Hele prosjektet*

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- Totalvurdering av prosjektet med vekt på byggekost og livsløpknstnad i form av fremtidige driftskostnader.
- Arealeffektivitet; Hensiktmessig arealutnyttelse og gode planløsninger (Prosjektet er delvis finansiert ved statstilskudd som er knyttet opp til antall beboere)
- Arkitektonisk kvalitet
- Referanser"

Det ble videre presisert at det innsendte materialet måtte inneholde:

" 1. Skisseforslag

- skisser, 1:200 av:
 - o Oppriss, fasade
 - o Etasjeplaner
 - o Perspektivskisse
- Modell over arbeidet forventes ikke.

2. Pris:

- Forprosjekt
- Hele prosjektet som en totalentreprisekontrakt

3. Referanseprosjekter".

Det ble angitt enkelte elementer for ønsket romprogram, herunder at bygget skal romme minimum 150 studenter, fellesvaskeri og at 10% av boenhetene tilrettelegges for bevegelseshemmede.

Flere arkitekter har meddelt innklagede at de vil avstå fra konkurransen som følge av at det ikke var nedsatt en jury som skulle vurdere forslagene, manglende honorering av prosjektforslagene og knappe tidsfrister. En leverandør sendte videre e-post til innklagede 20.5.2003 hvor det fremgikk at:

"Vi lurar på om det er nedsatt noen jury som skal arbeide 2.juni – 3.juni og om det er noen arkitekter i denne juryen?

Vi ønsker jo at vårt arbeid skal bli rettferdig, faglig bedømt med en skriftlig begrunnelse av prosjektene".

I e-post tilbake opplyste innklagede at kriteriene forslagene vil bli bedømt etter fremgår av konkurransegrunnlaget. Det ble videre opplyst at:

"Vi forutsetter at vi som oppdragsgiver selv er istand til å foreta en vurdering av konkurranseforslag ut i fra de konkurransevilkår/-parametre som vi har oppstilt i grunnlaget.

Dersom De er usikker på hvorvidt De kan ha tillit til oss som oppdragsgiver finner vi grunn til å nevne at deltakelse i konkurransen er frivillig og at det fra vår side ikke synes som et heldig utgangspunkt for et evt. videre samarbeide".

Partenes anførsler

Klagers anførsler:

Konkurransen er kunngjort som tjenestekjøp "Under terskelverdi". Dette er feil. Det skal bygges ca. 5000 m2 kombinert bolig/næring. Samlede byggekostnader vil ligge i størrelsesorden 60-70 millioner kroner. Dette betinger en samlet prosjekteringsinnsats på langt over terskelverdien på 1,3 mill. kr.

Konkurransen er i realiteten en plan- og designkonkurranse. At den er betegnet som en begrenset anbudskonkurranse er derfor feil. Deltakerne i konkurransen skal utarbeide løsningsforslag og i tillegg gi tilbud på honorar for prosjekteringsarbeidet. I en anbudskonkurranse er det forhandlingsforbud. Løsningsforslaget vil aldri være helt identisk med det endelige prosjektet, og det vil derfor ikke være mulig å komme frem til en bindende anbudspris uten å forhandle etter avsluttet konkurranse.

Deltakerne er gitt to uker til å arbeide med oppgaven, noe som er en uforståelig kort frist.

Det er benyttet "Hasteparagrafen" i forskriften uten å angi i kunngjøring hva som berettiger til dette, og uten at det foreligger gyldig grunn.

Viktige opplysninger er utelatt i kunngjøringen. Blant annet gjelder dette antall deltakere som vil bli valgt ut for å delta i konkurransen.

Det er i strid med regelverket å oppstille krav om at leverandørene må ha kontor i Oslo, idet dette diskriminerer leverandørene på grunnlag av lokal tilhørighet.

Krav om at selskapet skal dokumentere tidligere erfaring med studentboliger er unødvendig konkurransebegrensende. Dette er ikke en spesiell eller krevende type oppgave. Det må være tilstrekkelig å dokumentere erfaring med prosjektering av boliganlegg. Siden innklagede er den helt dominerende aktør i bygging av studentboliger i Oslo-området vil kombinasjonen av dette kravet, og kravet om kontor i Oslo medføre at alle kandidater som ikke har hatt innklagede som oppdragsgivere tidligere blir utelukket fra konkurransen.

Tildelingskriteriet "referanser" er i strid med regelverket.

Innklagede har utvist utilbørlig og diskriminerende opptreden. En av leverandørene har i e-post stilt et naturlig spørsmål. Det er myndighetsmisbruk når innklagede i svar tilbake uttaler at spørsmålet røper slik mistillit til innklagede at vedkommende ikke anses aktuell for eventuelt senere oppdrag.

Innklagede anfører:

Det er verdien av kontrakten mellom innklagede og arkitekten som må legges til grunn ved vurderingen av om det er forskriftens del II eller del III som kommer til anvendelse. Det er tale om separate kontrakter og kontraktstyper med forskjellige fag- og yrkesgrupper.

Anskaffelsen er kunngjort som en begrenset anbudskonkurranse. Hvilken type konkurranse det er tale om må avgjøres ut fra dens innhold. Det er i det vesentligste økonomiske forhold som innklagede, ikke en jury, skal benytte ved valg av tilbud. Det er således tale om en "ren" anbudssituasjon. Det vesentligste av arbeidet knyttet til utforming av løsningsforslag vil bestå i utarbeidelse av illustrasjoner. Dette endrer ikke realiteten i konkurransen.

Konkurransen er utlyst etter forskriften del III. Innklagede har ikke påberopt seg hasteparagrafen i forskriften § 7-4. Det er imidlertid lagt opp til en streng fremdrift i saken, og

meningen har vært å fremheve dette. De tidsmessige rammer var et vilkår for prosjektets eksistens og ikke gjenstand for innklagedes kontroll. Vedkommende eiendom har vært gjenstand for årelang forhandling med Statsbygg, hvor hensikten har vært å komme frem til vilkår som begge parter har kunnet akseptere. Dette har ikke lyktes, og prosjektet ble "lagt død" for en tid tilbake. På bakgrunn av dialog mellom andre parter via ulike politiske kanaler og føringer ble innklagede først i begynnelsen av mai informert om at prosjektet allikevel kanskje kunne realiseres som et studentboligprosjekt. Dette betinger imidlertid en fremdrift som innebærer at bygge- og gravarbeid igangsettes inneværende år. Dette er rammebetingelser innklagede må forholde seg til selv om en meget stram fremdrift oppleves som kort og ubehagelig for leverandørene. Tilbudsfristen er således tilstrekkelig i forhold til regelverkets krav.

Regelverket åpner for at oppdragsgiver kan fastsette en øvre eller nedre grense for antall deltakere. Dette innebærer at oppdragsgiver står fritt til å velge dette eller å la være.

De innkomne forslag blir vurdert og evaluert slik de foreligger. Anførselen om at den valgte konkurranseform forutsetter forhandlinger etter at tilbud er valgt må derfor avvises. Det kan ikke tas stilling til om etterfølgende forhandlinger er nødvendig uten å kjenne innholdet i de innkomne forslag.

Krav om kontor i Oslo innebærer at leverandøren som velges forplikter seg til å opprette en kontorplass i Oslo, for eksempel ved at man leier seg plass i et kontorfellesskap. Dette står det alle utenbys arkitekter fritt til å gjøre, og det er således ikke noen diskriminering.

Etter innklagedes vurdering er det påkrevd med erfaring fra studentboliger for å kunne prosjektere optimalt i forhold til en studentsamskipnads særskilte behov. Prosjektets stramme fremdrift øker også kravet til dette. Vilkåret er ikke usaklig konkurransebegrensende.

Det ble stilt krav om dokumentert erfaring fra studentboliger i konkurransegrunnlaget. Klager har ikke evnet å forstå de faktiske forhold og klagers problemstilling er uriktig. Nedre grense for dokumentasjon av alle prekvalifiseringsvilkårene anser innklagede oppfylt ved inneståelseserklæring fra deltakerne. I konkurransegrunnlagets er "referanser" oppført som tildelingskriterium. Med dette siktes det i utgangspunktet til de mer subjektive forhold hos leverandøren, som for eksempel samarbeidsevne, ryddighet etc. Det er derfor ulike forhold som bes dokumentert.

Det er ikke utilbørlig eller diskriminerende å påpeke overfor en konkurransedeltaker at en eventuell mistillit i forhold til oppdragsgiver og dennes vurderingsevne er et uheldig utgangspunkt for et eventuelt videre samarbeid.

Klagenemndas vurdering:

Den aktuelle anskaffelsen retter seg blant annet mot yrkesgruppen arkitekter. Som henholdsvis medlemsorganisasjon og bransjeorganisasjon for arkitekter, finner klagenemnda at Norske Arkitekters Landsforbund og Norges Praktiserende Arkitekter ANS har saklig klageinteresse, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Terskelverdi og hvilke deler av regelverket som kommer til anvendelse

Forskrift av 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del II gjelder for kontrakter der den anslåtte verdi, eksklusive merverdiavgift, overstiger 1,6 mill. kroner eks. mva. for vare- og

3
V
tjenestekontrakter og 40,5 mill. kroner eks. mva. for bygge- og anleggskontrakter, jf. forskriften § 2-2 (1). For statlige oppdragsgivere er terskelverdien 1,3 mill. kroner eks. mva. for vare- og tjenestekontrakter, jf. forskriften § 2-2 (2).

Forskriften definerer bygge- og anleggskontrakter som "kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging av arbeider...", jf. forskriften § 1-4 bokstav c). Det er uomstridt at den påtenkte kontrakten med arkitekt ikke gjelder utførelse av byggearbeider, og det således tale om anskaffelse av en tjenestekontrakt. Klagenemnda kan da ikke se at det er grunnlag for å legge sammen verdien av tjenestekontrakten med verdien av eventuelt senere bygge- og anleggsarbeider ved vurderingen av anskaffelsens verdi.

Oppdragsgiver plikter å gjøre en forsvarlig vurdering av anskaffelsens antatte verdi på kunngjøringstidspunktet. Det er ikke fremlagt tilstrekkelig informasjon til å vurdere om innklagedes forutsetning om at anskaffelsens verdi ikke overstiger 1,6 mill. kroner var forsvarlig. Klagenemnda vil derfor begrense seg til å vurdere om regelverket er brutt innenfor den prosedyre innklagede faktisk har benyttet, dvs. forskriftens del III.

Tidsfrister og hasteprosedyrer

Utgangspunktet er at tilbudsfristen skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger, jf. forskriften § 14-1. Det er i regelverkets del III ikke noen bestemmelse om hastetilfeller som kan betinge kortere tilbudsfrister, slik som i forskriften § 7-4. At det haster å gjennomføre anskaffelsen vil imidlertid være et tungtveiende moment ved vurdering av om det er gitt tilstrekkelig tid etter forskriftens § 14-1.

Tilbudsfristen var fra 19.5.2003 til 2.6.2003, og således svært kort. Det er imidlertid ikke, slik som i forskriftens del II, gitt konkrete minimumsfrister for innlevering av tilbud i forskriftens del III. Vurderingen vil derfor måtte bli konkret, og klagenemnda vil være tilbakeholden med å overprøve innklagedes skjønn, så lenge fristen er saklig begrunnet og den faktisk ikke har vært til hinder for konkurranse.

Leverandørene hadde naturlig et behov for noe lengre tidsfrister for utarbeidelsen av tilbudene i den foreliggende sak, enn hva som er vanlig. Klagenemnda viser her til at det blant annet skulle utarbeides skisser som skulle vedlegges tilbudet.

På den annen side har innklagede gitt en forklaring på hvorfor innklagede anså det nødvendig med en så knapp frist, og anført at årsaken til behov lå utenfor innklagedes kontroll. Etter klagenemndas oppfatning, har innklagede med dette gitt en saklig grunn for fristfastsettelsen.

Det er da ikke grunnlag for klagenemnda til å konkludere med at fristen var i strid med forskriftens § 14-1.

Prosedyre

Anskaffelsen er kunngjort som en begrenset anbudskonkurranse, og dette er også forutsatt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan da ikke se at det er grunnlag for å anføre at prosedyren i realiteten er en plan- og designkonkurranse, jf. forskriften § 18-1 og § 1-4 bokstav l). En plan- og designkonkurranse forutsetter oppnevning av en jury, og har regler om hvordan juryen skal sammensettes. Noen jury er ikke nedsatt i den foreliggende konkurransen. Klagenemnda kan ikke se at leverandørene kan ha noe rettslig krav på at en

konkurranse skal skje i form av oppnevning av en jury eller for øvrig kunngjøres som en plan- og designkonkurranse.

Klagenemnda kan ikke se noe rettslig forbud mot at det som en del av tilbudet i en anbudskonkurranse skal utarbeides illustrasjoner, og at disse blir vurdert i forhold til de angitte tildelingskriteriene. At det skal utarbeides illustrasjoner kan således ikke i seg selv medføre at det er tale om en plan- og designkonkurranse.

Om det vil vise seg å være nødvendig med forhandlinger mellom leverandør og oppdragsgiver etter inngåelsen av kontrakt, vil i stor grad avhenge av hvordan kontrakten utformes. Videre er utgangspunktet at forhandlingsforbudet bare gjelder frem til tildeling av kontrakt, jf. forskriftens § 16-1 og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/58 (Trondheim kommune).

Fastsettelse av antall deltakere i konkurransen

Ved begrenset anbudskonkurranse kan oppdragsgiver fastsette en øvre og en nedre grense for antallet leverandører som skal inviteres til å delta, jf. forskriftens § 15-4 (2). Oppdragsgiver kan således velge å ikke fastsette noen grense, for dermed å overlate dette til en konkret vurdering i etterhånd. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede har brutt forskriftens § 15-4 ved ikke å angi antall deltakere som skal være med i konkurransen.

Krav om kontor i Oslo

Oppdragsgiver skal ikke diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet, jf. forskriftens § 3-1 (3). Å stille krav om kontor i Oslo vil være en diskriminering av leverandører som ikke har kontor i Oslo, og således være i strid med bestemmelsen. Innklagedes anførsel om at kravet bare forplikter leverandørene til å opprette en kontorplass i Oslo har ikke støtte i kunngjøringsteksten.

Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt diskrimineringsforbudet i forskriftens § 3-1 (3) ved å stille krav om at leverandørene skal ha kontor i Oslo.

Krav om erfaring fra studentboliger

Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene, herunder til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner, jf. forskriftens § 12-5 (1). Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres, jf. forskriftens § 12-5 (2).

I vurderingen av om et krav til leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene, og om kravet står i forhold til den ytelse som skal leveres, må oppdragsgiver ha et betydelig skjønn. Det avgjørende må være om oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering ved fastsettingen av de kvalitative kravene. Klagenemndas kompetanse til å underkjenne oppdragsgivers skjønnsutøvelse vil på dette punkt være begrenset til tilfeller hvor skjønnet fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig.

Klagenemnda vurderte en lignende problemstilling i sak 2003/31 (Asker kommune). Det var her blant annet tale om erfaring med bygging av skoler, mens det i foreliggende sak er tale om erfaring med bygging av studentboliger.

Det kan ha vært saklig begrunnet å stille krav om erfaring fra studentboligprosjekter. Spørsmålet er om kravet står i forhold til den ytelse som skal leveres.

Klagenemnda antar det i denne vurderingen kan være relevant å legge vekt både på oppdragets kompleksitet og vanskelighetsgrad, og på hvor mye det hastet med å gjennomføre prosjektet. Klagenemnda finner grunn til å uttrykke tvil om dette spørsmålet, og kan i utgangspunktet vanskelig å se at studentboliger skiller seg så vesentlig fra prosjektering og bygging av andre hybelhus mv. Klagenemnda har likevel ikke nok faktum i den foreliggende sak til å konkludere i dette spørsmålet.

Bruk av referanser som tildelingskriterium

Referanser er av innklagede benyttet både som grunnlag for å vurdere leverandørenes kvalifikasjoner og til å vurdere tilbudets økonomiske verdi (forventet kvalitet).

Vurderingen av kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene er to atskilte prosesser med ulikt formål. Klagenemnda kan ikke se at regelverket er til hinder for at referanser benyttes både til å vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene og til å vurdere tilbudets økonomiske verdi (kvalitet).

Utilbørlig og diskriminerende uttalelser

Klagenemnda kan ikke se at innklagede ved sin uttalelse, selv om den er tilspisset i formen, har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Studentsamskipnaden i Oslo har brutt ikke-diskrimineringsforbudet i forskriftens § 3-1 (3) ved å stille krav om at leverandørene skal ha kontor i Oslo. For øvrig tas klagen ikke til følge.



For klagenemnda,

Morten Goller

26.6.2003